



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11070.721119/2011-73
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-006.167 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de junho de 2019
Recorrente COOPERATIVA AGROPECURIA ALTO URUGUAI LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2009 a 31/03/2010

DESCRIÇÃO DOS FATOS. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.
INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa, quando o lançamento contém descrição pormenorizada dos fatos apurados e indicação correta dos dispositivos legais aplicados.

13º SALÁRIO PAGO A MAIOR. SOMENTE GLOSADO O COMPENSADO A MAIOR.

A fiscalização explicitou que considerou os valores que a recorrente poderia ter compensado e somente glosou os valores compensados a maior.

AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.
NÃO INCIDÊNCIA. STJ. RECURSO REPETITIVO.

Tendo o STJ decidido em sede de recurso repetitivo, especificamente no REsp. nº 1.230.957/RS, que não incide contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado, tal entendimento deve ser repetido no CARF, conforme arts. 45, VI e 62, § 1º, 'b', do Anexo II ao RICARF.

TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

O adicional do terço constitucional de férias possui natureza de retribuição pelo trabalho, integrando a remuneração e o salário de contribuição para fins de incidência da contribuição previdenciária, como explicitado no art. 214, § 4º, do Regulamento da Previdência Social.

INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ se manifestou pela incidência da contribuição sobre o salário maternidade no Recurso Especial - REsp 1.230.957/RS, sob o rito dos recursos repetitivos.

ADICIONAL NOTURNO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.
INCIDÊNCIA. STF. REPERCUSSÃO GERAL. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando a incidência de contribuições previdenciárias sobre o adicional noturno, no tema 20 da repercussão geral fixou a tese de que "A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n.º 20/1998"

HORA EXTRA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA. RECURSO REPETITIVO STJ. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

O Superior Tribunal de Justiça firmou a tese que "As horas extras e seu respectivo adicional constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária." (Tema n.º 687) nos autos do REsp n.º 1.358.281, julgado sob a indumentária do artigo 543-C, do CPC/1973, o qual é de observância obrigatória por este Colegiado nos termos do artigo 62, § 2º, do Anexo II ao RICARF.

DIFERENÇA A MAIOR NA BASE DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA.

Verificado que o declarado na GFIP está de acordo com a base de cálculo conforme resumo da folha de pagamento então não há como afirmar que houve recolhimento a maior ou diferença a maior da base de cálculo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para, por unanimidade, cancelar o Auto de Infração DEBCAD n.º 37.326.610-3 e, por voto de qualidade, manter os demais autos de infração, vencidos o relator e os conselheiros Wesley Rocha, Virgílio Cansino Gil e Wilderson Botto que rejeitaram a glosa do terço de férias. Designado para fazer o voto vencedor o conselheiro Cleber Ferreira Nunes Leite.

(documento assinado digitalmente)

João Mauricio Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator

(documento assinado digitalmente)

Cleber Ferreira Nunes Leite - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Marcelo Freitas de Souza Costa, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Virgílio Cansino Gil (suplente convocado), Wilderson Botto (suplente convocado), João Maurício Vital (Presidente). A Conselheira Juliana Marteli Fais Feriato, em razão da ausência, foi substituída pelo Conselheiro Virgílio Cansino Gil, suplente convocado.

Relatório

O presente processo tem por objeto os seguintes Autos de Infração:

- Auto de Infração DEBCAD n.º 37.326.609-0, referente à glosa das compensações efetuadas pela empresa acima identificada nas competências 04/2009 e 05/2009, envolvendo recolhimentos relativos ao décimo terceiro salário do ano de 2008 (levantamento DC – GLOSA DÉCIMO TERCEIRO 2008). O valor desse crédito tributário é de R\$ 313.209,00 (incluindo o valor das compensações glosadas, juros e multa de mora).

- Auto de Infração DEBCAD n.º 37.326.610-3, referente à glosa das compensações efetuadas pela empresa nas competências 02/2010 e 03/2010, envolvendo recolhimentos relativos a aviso prévio indenizado efetuados nas competências de 07/2007 e 01/2009 a 07/2009 (levantamentos IN – INDENIZAÇÃO e AP – AVISO PRÉVIO). O valor desse crédito tributário é de R\$ 13.312,35 (incluindo o valor das compensações glosadas, juros e multa de mora).

- Auto de Infração DEBCAD n.º 37.326.611-1 se refere à glosa das compensações efetuadas pela empresa nas competências 07/2009, 09 a 11/2009 e 01 a 03/2010, envolvendo recolhimentos relativos a horas extras, adicional noturno, terço de férias, salário maternidade e diferenças a maior de base de cálculo, efetuados no período de 10/1999 a 07/2009 (levantamento GC – GLOSADO COMPENSADO). O valor desse crédito tributário é de R\$ 1.940.741,02 (incluindo o valor das compensações glosadas, juros e multa de mora).

A empresa apresentou impugnação tempestiva, com as alegações a seguir sintetizadas:

- Preliminarmente, alega que os Autos de Infração são nulos porque não contêm descrição clara e precisa dos fatos e fundamentos jurídicos que os embasaram. Afirma que fiscalização tem o dever de efetuar tal descrição, elencando e anexando ao processo elementos concretos que denotem todos os aspectos da hipótese normativa de incidência tributária. Cita, como fundamento legal desse dever, o art. 142 do Código Tributário Nacional e o art. 2º da Lei n.º 9.784/99. Assevera que os Autos de Infração revelam-se equivocados, imprecisos, ambíguos, e contêm uma fundamentação legal excessiva e confusa, o que prejudica o exercício do direito à ampla defesa e, conseqüentemente, acarreta a nulidade do ato administrativo.

- No mérito, afirma que as compensações efetuadas envolvem recolhimentos referentes a verbas indenizatórias, que não sofrem incidência de contribuições previdenciárias. Argumenta que o art. 195, I, “a”, da Constituição Federal, e o art. 28, I, da Lei 8.212/91, deixam claro que as contribuições previdenciárias incidem tão-somente sobre o salário do trabalhador, ou seja, pela contraprestação devida pelo empregador pelos serviços prestados pelo empregado, o que não pode ser confundido com as parcelas indenizatórias. Trata-se processo administrativo fiscal cujo objeto é o crédito tributário relativo a compensações realizadas pelo Contribuinte, em GFIP, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015 (incluindo o décimo terceiro salário), compensações estas glosadas, nos termos do Despacho Decisório (fls. 81/88), proferido pela DIORT/DEMAC/RJO da Superintendência Regional – 7ª Região Fiscal – SRRF07 (Rio de Janeiro/RJ).

Destaca que eventual lei que tribute pagamentos decorrentes de indenizações será inconstitucional, sendo inválida qualquer equiparação do recebimento de indenização com a obtenção de salários. Por fim, cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal

Regional Federal da 4ª Região, no sentido de não incidência de contribuições previdenciárias sobre verbas de cunho indenizatório.

Ao final, com base nesses argumentos, a empresa requereu: a suspensão da exigibilidade do crédito tributário; o cancelamento dos Autos de Infração, em face da nulidade apontada; o reconhecimento de que as compensações envolvendo verbas de caráter indenizatório estão corretas.

Às efls. 354/363 a DRJ/CTA julgou improcedente a impugnação, mantendo integralmente os autos de infração.

Às efls. 373/388 o contribuinte apresentou recurso reiterando todos os argumentos contidos na sua impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, Relator.

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar

Quanto a preliminar de nulidade, não assiste razão a recorrente, tendo a decisão de primeira instância enfrentado detalhadamente a alegação de que os Autos de Infração são nulos porque não contêm descrição clara e precisa dos fatos e fundamentos jurídicos que os embasaram.

Portanto, exclusivamente no que se refere à preliminar de nulidade, nos termos em que faculta o art. 57, § 3º do RICARF, como não houve apresentação de novas razões de defesa perante a segunda instância, transcrevo a decisão de primeira instância e proponho a sua confirmação e adoção de suas razões de decidir:

“Os fatos apurados pela fiscalização estão descritos de maneira clara e pormenorizada no documento intitulado “Relatório Fiscal do Auto de Infração”, o qual foi devidamente entregue à empresa, juntamente com os demais anexos que compõem os Autos de Infração.

O referido Relatório deixa bem claro quais foram as compensações glosadas, bem como os motivos pelos quais as mesmas foram consideradas indevidas. Para ilustrar bem esse fato, transcrevo a seguir alguns trechos dos itens 1, 2 e 3 do Relatório:

1 - AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD 37.326.609-0

Este relatório é integrante do Auto de Infração - AI - de contribuições devidas à Seguridade Social, que a empresa compensou nas competências de 04/2009 e 05/2009 referente a diferença que a empresa compensou a maior em relação ao recolhido em dobro no décimo terceiro de 2008.

FATOS GERADORES

Constituem fatos geradores das contribuições lançadas conforme rubricas:

DC - GLOSA DÉCIMO TERCEIRO 2008

Constituem fatos geradores das contribuições lançadas deste débito, os valores referentes à glosa de valores compensados a maior nas competências de 04/2009 e 05/2009 originados do recolhimento em dobro do décimo terceiro de 2008 nas seguintes condições:

A empresa recolheu a título de INSS o valor de R\$ 387.544,74 e de R\$ 72.980,32 de terceiros.

A compensação de 02/2009 foi de R\$ 69.975,73, em 03/2009 foi de R\$ 63.393,64, em 04/2009 foi de R\$ 178.956,96 e em 05/2009 foi de R\$ 115.423,29 totalizando R\$ 427.849,62.

Atualizando os valores a empresa poderia ter compensado nas competências de 02/2009 e 03/2009 e conforme planilha anexa na competência de 04/2009 poderia ter compensado R\$ 69.760,15 o que representa 38,981524% do que foi compensado e neste caso o restante de 61,018476 foi glosado, bem como o valor compensado na competência 05/2009 integralmente conforme verificados e identificados no Relatório de Lançamentos - RL e conforme relação no DD - Discriminativo do Débito.

Os documentos examinados durante a fiscalização foram os seguintes: GFIP, GPS recolhidas e planilha fornecida pela empresa.

Importa o débito consolidado em R\$ 313.209,00 (trezentos e treze mil e duzentos e nove reais), valor consolidado em junho de 2011.

(.....)

2 - AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD - 37.326.610-3

Este relatório é integrante do Auto de Infração - AI - de contribuições devidas à Seguridade Social, que a empresa compensou na competência de 02/2010, valores estes considerados pela empresa como indevidos e que foram glosados por esta fiscalização.

FATOS GERADORES

Constituem fatos geradores das contribuições lançadas conforme rubricas: IN - INDENIZAÇÃO E AP - AVISO PRÉVIO.

IN - INDENIZAÇÃO

Valor originário a título de indenização, mas que na verdade se refere a aviso prévio indenizado na competência de 07/2007 conforme já demonstrado no TIF 003 na folha analítica de Rafael Torres Baumhardt e de Luciano dos Santos Pedroso nas filiais /0026-04 e /0024-42.

O aviso prévio não incide conforme IN SRP 003/20005 art. 72, inciso VI, alínea "f" e com o advento da IN SRP 20/2007 de 11/01/2007 em seu art 4º revogou o art 72, VI, "f" da IN 003/2005.

Para tanto, foram desconsiderados os levantamentos apurados pela empresa nos períodos anteriores já que não incidia previdência sobre aviso prévio indenizado.

Os valores foram lançados na matriz.

AP-AVISO PRÉVIO

Valor originário a título de aviso prévio indenizado apurado nas competências 01/2009 a 07/2009 e que a empresa compensou em 03/2010 conforme planilha elaborada pela empresa.

Elaboramos nova planilha identificando nas competências os segurados, valores e respectivas filiais sendo que atualizados os valores foram lançados na matriz.

Tese 6 - Aviso Prévio indenizado.

O aviso prévio indenizado foi apurado a partir de 02/2009 e representa RS 8.855,20. O Decreto nº 6.727 de 12/01/2009 revogou em seu artigo 1º a alínea “f” do inciso V do parágrafo 9º do art 214, o art 291 e o inciso V do art. 292 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Situação ainda não consolidada, devido diversos Mandados de Segurança, e Decisão do STJ.

Importa o débito consolidado em R\$ 13.312,35 (treze mil e trezentos e doze reais e trinta e cinco centavos), valor consolidado em junho de 2011.

(.....)

3 - AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD – Nº 37.326.611-1

FATOS GERADORES

GC - GLOSADO COMPENSADO

Constitui fato gerador os levantamentos desta rubrica, a Glosa da compensação efetuados pela empresa a título de:

- Diferença a maior da base de cálculo Exclusão de Horas Extras*
- Exclusão Adicional Noturno*
- 1/3 de Férias*
- Salário Maternidade*

Conforme já demonstrado no Termo de Intimação Fiscal 002 segue análise sobre os valores compensados.

Na tese 1 - Diferença a maior da base de cálculo.

Neste caso cabe a empresa verificar se o espelho das rubricas apresentadas com incidência na folha de pagamento está correto ao informado na GFIP, que conforme legenda (a) está compondo a base de cálculo do INSS, segundo o sistema da Folha de Pagamento da Cotrimaio. A legenda (b) não está compondo a base de cálculo e (c) passou a compor a base a partir de 02/2009.

Verificamos que não incidiria no décimo terceiro, diferença de décimo terceiro, anuênios, diferenças de férias, diferença média HE e Adicional Noturno, média licença maternidade, salário maternidade para a SEF e diferença salarial.

Verificado que o declarado na GFIP está de acordo com a base de cálculo conforme resumo da folha de pagamento então não há como afirmar que houve recolhimento a maior ou diferença a maior da base de cálculo.

Neste caso a empresa deverá confirmar que de fato houve diferença da base de cálculo com as devidas demonstrações, já que há divergências com relação ao declarado na GFIP. Como a empresa compensou valores, cabe a mesma demonstrar com dados corretos ou será necessária a apresentação de Arquivos Digitais do MANAD) da respectiva folha de pagamento de todo o período da apuração dos cálculos.

Como a empresa não se manifestou ao referido assunto no TIF 003 em que foi demonstrado pela documentação apresentada pela empresa de que o valor declarado em GFIP está correto e que não houve pagamento a maior da base de cálculo.

Tese 2 - Exclusão de Horas Extras. Tese 3 - Exclusão Adicional noturno. Tese 5 - 1/3 de férias.

A CF/88, em seu artigo 7º põe termo à discussão sobre a natureza remuneratória das horas-extras e dos adicionais por trabalho noturno ao equipará-los a remuneração. Em relação ao adicional de 1/3 de férias, não cabe contribuição previdenciária somente quando tiver natureza indenizatória. Não sendo esta a hipótese, em que se postula o afastamento da incidência sobre o adicional de 1/3 de férias efetivamente gozadas, sendo devida a contribuição.

Tese 7 - Salário Maternidade.

O salário maternidade possui natureza salarial e, por este motivo, integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias, consoante prevê expressamente o art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91. A empresa também não observou o art 3o § 11 da IN 900 de 30 de dezembro de 2008: § 11. A restituição das contribuições previdenciárias declaradas incorretamente fica condicionada à retificação da declaração, exceto quando o requerente for segurado ou terceiro não responsável por essa declaração, e, também, o art 34, § 10 em relação ao período de 5 anos:

§ 10. O sujeito passivo poderá apresentar Declaração de Compensação que tenha por objeto crédito apurado ou decorrente de pagamento efetuado há mais de 5 (cinco) anos, desde que referido crédito tenha sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento apresentado à RFB antes do transcurso do referido prazo e, ainda, que sejam satisfeitas as condições previstas no § 5o.

Cabe salientar que da apuração efetuada pela empresa abrange os seguintes períodos:

- Diferença da base de cálculo de 10/2001 a 07/2009,*
- Exclusão de Horas Extras de 02/2000 a 07/2009,*
- Exclusão do Adicional Noturno de 10/1999 a 07/2009,*

- 1/3 de férias de 01/2000 a 07/2009,

- Salário Maternidade de 03/2000 a 07/2009.

Os documentos examinados durante a fiscalização foram os seguintes: GFIP, GPS recolhidas, Arquivos Digitais de 2009 e 2010, Folhas de Pagamento de 2009 e 2010, Recibos de Pagamentos de.

Importa o débito consolidado deste DEBCAD em R\$ 1.940.741,02 (um milhão e novecentos e quarenta mil e setecentos e quarenta e um reais e dois centavos), valor consolidado em junho de 2011.

Como se pode perceber, as informações inseridas pela fiscalização no Relatório Fiscal são suficientes para proporcionar ao contribuinte pleno conhecimento dos motivos que levaram à apuração dos valores apurados nos Autos de Infração.

Com efeito, o Relatório deixa claro que o Auto de Infração nº 37.326.6090 se refere às compensações de valores recolhidos sobre o décimo terceiro salário de 2008, o Auto de Infração nº 37.326.610-3 se refere às compensações envolvendo recolhimentos relativos a aviso prévio indenizado, e o Auto de Infração nº 37.326.611-1 se refere às compensações envolvendo outras verbas (horas extras, adicional noturno, terço de férias, salário maternidade e diferenças a maior de base de cálculo).

A empresa pode até discordar dos valores apurados e do entendimento adotado pela fiscalização, mas não pode afirmar que os Autos de Infração são imprecisos ou estão desprovidos de fundamentação. Nesse ponto, cabe destacar que a alegação da empresa foi apresentada de forma totalmente genérica. Ela não indicou quais seriam os pontos obscuros do Relatório Fiscal, nem mencionou qual fato não teria ficado devidamente esclarecido.

Portanto, a meu ver, não houve prejuízo ao direito de defesa e a preliminar de nulidade deve ser rejeitada.”

Mérito

No Auto de Infração DEBCAD nº 37.326.609-0, referente à glosa das compensações efetuadas pela empresa acima identificada nas competências 04/2009 e 05/2009, envolvendo recolhimentos relativos ao décimo terceiro salário do ano de 2008 (levantamento DC – GLOSA DÉCIMO TERCEIRO 2008), a recorrente aponta que o crédito utilizado para compensação decorreu de pagamento em dobro do 13º salário de 2008 e que o auto de infração glosou quase que integralmente os valores compensados.

Neste ponto também não assiste razão à recorrente. Por ocasião do lançamento, a fiscalização explicitou que considerou os valores que a recorrente poderia ter compensado e somente glosou os valores compensados a maior:

“1 - AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD 37.326.609-0

Este relatório é integrante do Auto de Infração - AI - de contribuições devidas à Seguridade Social, que a empresa compensou nas competências de 04/2009 e 05/2009 referente a diferença que a empresa compensou a maior em relação ao recolhido em dobro no décimo terceiro de 2008.

FATOS GERADORES

Constituem fatos geradores das contribuições lançadas conforme rubricas:

DC - GLOSA DÉCIMO TERCEIRO 2008

Constituem fatos geradores das contribuições lançadas deste débito, os valores referentes à glosa de valores compensados a maior nas competências de 04/2009 e 05/2009 originados do recolhimento em dobro do décimo terceiro de 2008 nas seguintes condições:

A empresa recolheu a título de INSS o valor de R\$ 387.544,74 e de R\$ 72.980,32 de terceiros.

A compensação de 02/2009 foi de R\$ 69.975,73, em 03/2009 foi de R\$ 63.393,64, em 04/2009 foi de R\$ 178.956,96 e em 05/2009 foi de R\$ 115.423,29 totalizando R\$ 427.849,62.

Atualizando os valores a empresa poderia ter compensado nas competências de 02/2009 e 03/2009 e conforme planilha anexa na competência de 04/2009 poderia ter compensado R\$ 69.760,15 o que representa 38,981524% do que foi compensado e neste caso o restante de 61,018476 foi glosado, bem como o valor compensado na competência 05/2009 integralmente conforme verificados e identificados no Relatório de Lançamentos - RL e conforme relação no DD - Discriminativo do Débito.

Os documentos examinados durante a fiscalização foram os seguintes: GFIP, GPS recolhidas e planilha fornecida pela empresa.

Importa o débito consolidado em R\$ 313.209,00 (trezentos e treze mil e duzentos e nove reais), valor consolidado em junho de 2011.

Quanto ao Auto de Infração DEBCAD nº 37.326.610-3, referente à glosa das compensações efetuadas envolvendo recolhimentos relativos a aviso prévio indenizado, em meu entendimento, cabe razão à recorrente.

Cumprido citar o REsp 1230957/RS, julgado como recurso representativo de controvérsia, que deve ser reproduzida pelos conselheiros, posto que definitiva no âmbito do STJ, pelo qual decidiu-se que não incidiria contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, conforme tem sido decidido neste CARF:

“AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. STJ. RECURSO REPETITIVO. Tendo o STJ decidido em sede de recurso repetitivo, especificamente no REsp. nº 1.230.957/RS, que não incide contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado, tal entendimento deve ser repetido no CARF, conforme arts. 45, VI e 62, § 1º, 'b', do Anexo II ao RICARF.”

(Acórdão nº 2202-004.358, de 05/04/2018)

“AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA. RECURSO REPETITIVO STJ. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Em face da natureza eminentemente não remuneratória do verba denominada

Aviso Prévio Indenizado, na forma reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n.º 1.230.957/RS, julgado sob a indumentária do artigo 543-C, do CPC, o qual é de observância obrigatória por este Colegiado nos termos do artigo 62, § 2º, do RICARF, não há se falar em incidência de contribuições previdenciárias sobre aludida rubrica, impondo seja rechaçada a tributação imputada.”

(Acórdão n.º 2401-004.999, de 08/08/2017)

Quanto ao Auto de Infração DEBCAD n.º 37.326.611-1, que se refere à glosa das compensações envolvendo recolhimentos relativos a horas extras, adicional noturno, terço de férias, salário maternidade e diferenças a maior de base de cálculo, cabe a apreciação específica de cada uma destas parcelas.

No que tange ao terço de férias e salário maternidade, cumpre citar, também, o Resp 1230957/RS, julgado como recurso representativo de controvérsia, que deve ser reproduzida pelos conselheiros, posto que definitiva no âmbito do STJ, pelo qual decidiu-se que não incidiria contribuição previdenciária sobre o terço de férias e que incidiria sobre o salário maternidade, conforme tem sido decidido neste CARF:

“TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, AVISO PRÉVIO INDENIZADO E OS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA. RECURSO REPETITIVO STJ. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

Em face da natureza eminentemente não remuneratória das verbas denominadas terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e os quinze dias que antecedem o auxílio-doença, na forma reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n.º 1.230.957/RS, julgado sob a indumentária do artigo 543C, do CPC, o qual é de observância obrigatória por este Colegiado nos termos do artigo 62, § 2º, do RICARF, não há se falar em incidência de contribuições previdenciárias sobre aludidas rubricas, impondo seja rechaçada a tributação imputada.

INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. SALÁRIO-PATERNIDADE. HORAS EXTRAS.

De acordo com a Lei n.º 8.212/1991, art. 28, §2º, incide contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade. O Superior Tribunal de Justiça - STJ também se manifestou pela incidência da contribuição sobre essa verba no julgamento do Recurso Especial - REsp 1.230.957/RS, sob o rito dos recursos repetitivos. Incide contribuição previdenciária sobre o salário-paternidade, entendimento expresso na Solução de Consulta n.º 122/2015 emitida pela Coordenação Geral de Tributação - COSIT. Incide contribuição previdenciária sobre as horas extras e respectivo adicional, por se tratar de verba paga em retribuição pela prestação do trabalho. O STJ também já decidiu nesse sentido no julgamento do Recurso Especial - REsp 1.358.281.”

(Acórdão n.º 2402-006.660, de 03/10/2018)

Ademais, acerca do REsp 1230957/RS, há de se salientar que o Recurso Extraordinário interposto pela PGFN se encontrava sobrestado somente até o julgamento do RE 593068 (tema 163 da Repercussão Geral), nos seguintes termos:

“Como o tema que ora se discute, apesar de similar ao RE 593068/SC, não é idêntico, pois, enquanto naquele o sujeito passivo está submetido a regime próprio de previdência social, no caso em tela é integrante do regime geral de previdência social, o feito foi admitido com fulcro no art. 543-A, § 2º, do CPC e encaminhado ao Supremo.

Analisando o feito, o então relator, Min. Luiz Fux entendendo que a questão discutida na espécie seria idêntica à tratada no citado RE 593068 RG/SC, determinou, nos termos do art. 328, parágrafo único do RISTF, a devolução dos autos a esta Corte para fins de sobrestamento até o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

Assim, diante da decisão do STF no sentido de que o tema versado nos presentes autos é uníssono com o tratado no RE 593068 RG/SC, cuja matéria teve repercussão geral reconhecida, determino o sobrestamento do presente recurso extraordinário até o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do mérito aludido feito, nos termos do artigo 328-A do RISTF.”

Ocorre que, em 11/10/2018, o STF concluiu pela não incidência de contribuições previdenciárias nas parcelas discutidas no RE 593068 (tema 163 da Repercussão Geral), proferindo a seguinte decisão de julgamento, com ata de julgamento publicada em 22/10/2018:

“Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 163 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para determinar a restituição das parcelas não prescritas, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli (Presidente), Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como ‘terço de férias’, ‘serviços extraordinários’, ‘adicional noturno’ e ‘adicional de insalubridade’”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 11.10.2018.”

Portanto, entendo haver incidência de contribuições previdenciárias sobre o salário maternidade e quanto ao adicional de férias, assiste razão ao recorrente, no sentido de que não incidem contribuições previdenciárias.

Quanto ao adicional noturno, cumpre citar o julgamento realizado pelo STF no RE 565160, com repercussão geral reconhecida, portanto, de observância obrigatória por este colegiado, com a controvérsia assim delimitada:

“Tal como fez o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, delimito a controvérsia, no que envolvido processo subjetivo. Eis o pedido formulado na inicial da ação ordinária ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS:

[...] julgar procedente a presente ação, declarando a inexistência de relação jurídica tributária entre a autora e o INSS, que a obrigue a recolher a contribuição previdenciária incidente sobre o total de remunerações pagas ou creditadas a qualquer título aos segurados empregados, conforme exigência do inciso I, do art. 22, da Lei 8.212/91, com alterações impostas pela Lei nº 9.876/99, mais sim e tão somente sobre a folha de salários, sendo portanto

excecionadas as seguintes verbas : adicionais (de periculosidade e insalubridade), gorjetas, prêmios, adicionais noturnos, ajudas de custo e diárias de viagem (quando excederem 50% do salário percebido), comissões e quaisquer outras parcelas pagas habitualmente, ainda que em unidades previstas em acordo ou convenção coletiva ou mesmo que concedidas por liberalidade do empregador não integrantes na definição de salário, até a edição de norma válida e constitucional para a instituição da mencionada exação.”

No julgamento do RE 565160 foi proferida a seguinte decisão pelo STF:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 20 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, fixando a seguinte tese: “A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998”.

Portanto, quanto ao adicional noturno, não cabe razão à recorrente.

Quanto às horas extras, também não assiste razão à recorrente e cumpre citar o REsp 1358281/SP, julgado como recurso representativo de controvérsia, que deve ser reproduzida pelos conselheiros, posto que definitiva no âmbito do STJ, pelo qual decidiu-se que incidiria contribuição previdenciária sobre esta parcela, conforme tem sido decidido neste CARF:

“HORA EXTRA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA. RECURSO REPETITIVO STJ. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

O Superior Tribunal de Justiça firmou a tese que “As horas extras e seu respectivo adicional constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária.” (Tema nº 687) nos autos do REsp nº 1.358.281, julgado sob a indumentária do artigo 543-C, do CPC/1973, o qual é de observância obrigatória por este Colegiado nos termos do artigo 62, § 2º, do Anexo II ao RICARF.”

(Acórdão nº 2202-003.771, de 04/04/2017)

Por fim quanto às diferenças a maior de base de cálculo, não cabe razão à recorrente, tendo a fiscalização explicitado o que se segue:

“Verificado que o declarado na GFIP está de acordo com a base de cálculo conforme resumo da folha de pagamento então não há como afirmar que houve recolhimento a maior ou diferença a maior da base de cálculo.

Neste caso a empresa deverá confirmar que de fato houve diferença da base de cálculo com as devidas demonstrações, já que há divergências com relação ao declarado na GFIP. Como a empresa compensou valores, cabe a mesma demonstrar com dados corretos ou será necessária a apresentação de Arquivos Digitais do MANAD) da respectiva folha de pagamento de todo o período da apuração dos cálculos.

Como a empresa não se manifestou ao referido assunto no TIF 003 em que foi demonstrado pela documentação apresentada pela empresa de que o valor declarado em GFIP está correto e que não houve pagamento a maior da base de cálculo.”

Ante ao exposto, voto no sentido de Conhecer do Recurso e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para cancelar o integralmente o Auto de Infração DEBCAD n.º 37.326.610-3 e cancelar a glosa de compensação do terço de férias do Auto de Infração DEBCAD n.º 37.326.611-1.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa

Voto Vencedor

Conselheiro Cleber Ferreira Nunes Leite – Relator Designado

Divirjo do ilustre relator, exclusivamente sobre a não incidência da contribuição previdenciária sobre o terço de férias, tendo em vista decisão do STJ, em recurso repetitivo, ainda não transitado em julgado.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp 1.230.957, julgado na sistemática do artigo 543C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo), consolidou o entendimento da não incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga sobre o terço constitucional de férias indenizadas ou gozadas.

A vinculação ao decidido na sistemática dos recursos repetitivos, contudo, demanda decisão definitiva de mérito (Regimento Interno do CARF, art. 62).

O REsp 1.230.957 não transitou em julgado, por ter sido sobrestado devido ao reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tendo por paradigma o RE n.º 593.068/SC, a tratar da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, a gratificação natalina, os serviços extraordinários, o adicional noturno e o adicional de insalubridade (Tema 163/STF).

Além disso, a natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas e gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal é objeto de repercussão geral no RE n.º 1.072.485/PR, pendente de julgamento (Tema 985/STF).

Portanto, o terço constitucional integra a base de cálculo das contribuições, conforme já decidido pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.
ART. 214, §4º, DO DECRETO n.º 3048/99.

A remuneração de férias e seu respectivo adicional de que trata o inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal possuem natureza remuneratória e, nessa condição, integram o

salário de contribuição, para fins de incidência de contribuições previdenciárias, nos termos expressos no §4º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99.

IMPOSSIBILIDADE DE OBSERVÂNCIA DE DECISÃO DO STJ. AUSÊNCIA DE Nos termos art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 343 de 09 de junho de 2015, enquanto não transitado em Julgado decisão do STJ acerca da não incidência de contribuição previdenciária sobre um terço de férias, aviso prévio indenizado e 15 primeiros dias do auxílio doença ou auxílio acidente, não se pode afastar regra expressa do Decreto 3048/99 quanto à incidência de Contribuições Previdenciárias.

(...) Acórdão 9202006.464, de 30 de janeiro de 2018.

Ante o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso em relação a glosa de compensação do terço de férias do Auto de Infração DEBCAD nº 37.326.611-1

(documento assinado digitalmente)

Cleber Ferreira Nunes Leite